



por. María Belén Salinas

El artículo 19 N° 21 de la Constitución consagra la libertad fundamental de desarrollar cualquier actividad económica, y para proteger ese derecho y a la misma economía establece márgenes, que deben cumplirse en las cuales quiera actividades sin importar el tamaño de las empresas. Estos son: que no se contrarie a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Los límites mencionados protegen al derecho porque permiten la competencia, que da la vida a la economía de un país (y es por eso que los países pobres no cuentan con ella), con la cual el mercado funciona de manera más perfecta, promoviendo la mejor circulación de recursos.

Nuestra legislación concretiza límites para proteger a la competencia bajo distintas formas, tales como los que señala la ley de competencia desleal o la de libre competencia, que establece conductas sancionadas como la colusión -en primerísimo lugar-, figuras para detectar abusos como es la delación compensada (mediante la cual se asegura la disminución de sanciones al competidor implicado en una colusión, que acuse a los demás partícipes) amplias atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica en esta materia, así

como la existencia de un tribunal de libre competencia. Medidas que serán renovadas próximamente con una reforma a la ley, que entre otras cosas plantea establecer pena de cárcel para las personas implicadas en colusión, aumentar las multas (alcanzando el doble del monto defraudado) y ampliar facultades de la FNE.

Y si hay competencia es gracias a los competidores, de los que hay algunos notables, grandes o famosos a los que se llama “dominantes”, que al contar con una influencia mayor en el mercado, cuentan con capacidad de tomar decisiones independientes a los demás competidores, lo que en definitiva pone en peligro al mercado (porque podrían deshacerse de competidores) pero no se castiga la posición dominante por el solo hecho de existir, ya que puede ser producto de las imperfecciones naturales en un mercado, sino que se pretende castigar a los abusos de esta posición para reprimir la competencia. Un caso ejemplificador en esta materia es el investigado por la FNE En el año 2001 por la denuncia de un hospital regional en contra de la empresa AGA por alzas desmedidas en el precio de gases clínicos, en que se determinó que no se constituía una posición de abuso, dado que las alzas en el precio de los gases

se debían a un aumento en los costos de producción de los mismos. Entonces no todo lo que hagan quienes tienen una posición dominante en el mercado es abusivo.

Para evaluar la existencia de abuso hay que centrarse en dos cosas: la posición del competidor respecto al mercado relevante (esto es: los bienes que significan el mercado, quienes compiten además de la empresa en el mercado y qué cuotas tienen en él. Si por ejemplo el mercado está concentrado en pocas empresas como ha ocurrido respecto a las farmacias ya tenemos un antecedente importante) y si su intención es influir en la estructura del mercado, u obstaculizar su curso normal, produciendo efectos nocivos a los competidores y/o consumidores.

En los últimos años empresas con posición dominante han incurrido en abusos mediante una práctica anticompetitiva especialmente reprobada por la legislación de libre competencia, esto es por colusión, que se entiende por la ley como “acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización,



COLUSIÓN Y ABUSO

LOGAN ABOGADOS

limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación” o en otras palabras carteles, o acuerdos explícitos sobre fijación de precios y reparto de mercado.

Pese a que en la mayoría de los casos públicamente conocidos las empresas coludidas ya tienen una posición dominante, al unirse refuerzan su posición, y como quien abusa es más grande ocasiona daños con mayor alcance, afectando los precios de los bienes del mercado relevante, y por tanto al presupuesto de millones (a modo de ejemplo solo en el caso de “los pollos”, según demanda de CONADECUS se consiguieron montos totales de ocho-

cientos treinta mil millones), impactando negativamente a la productividad y crecimiento económico e incluso afectando al producto interno bruto cuando no se reprime adecuadamente.

Por los motivos señalados la actual ley pone especial atención a esta conducta, definiéndola en el primer lugar de las prácticas atentatorias contra la libre competencia (art 3, letra a), estableciendo un monto mayor de multa a quienes incurran en ella (art 26 letra c), facultando especialmente a la FNE a registrar lugares públicos o privados, allanarlos, e interceptar comunicaciones, entre otras (39 letra n) y permitiendo la mencionada delación compensada sólo respecto de la colusión.

Dado el daño que se produce con esta conducta es claro que no se actúa conforme a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, y no se respeta ni a la Constitución ni a la ley que defiende a la libre competencia. ▲